

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

FERNANDO FITA ORTEGA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Fernando Fita Ortega; Maria Aurea Baroni Cecato; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-011-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

No âmbito de uma parceria estabelecida entre Espanha e Brasil, constando de um projeto desenvolvido no X Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na Universidade de Valência, de 4 a 6 de setembro de 2019, os textos abaixo arrolados foram apresentados e debatidos junto ao Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho”.

As apresentações e os debates se colocam, assim, em considerações gerais sobre direitos fundamentais laborais e sua evolução, segundo o texto de apresentação, abaixo transcrito, elaborado pelos coordenadores do GT.

Os direitos fundamentais laborais e sua evolução: considerações gerais

1. A origem e o desenvolvimento dos direitos sociais nas Constituições.

A proclamação constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, surgiu sempre vinculada a fenômenos traumáticos, em um intento de “vertebração” das sociedades que deles foram vítimas. Assim aconteceu com o reconhecimento desses direitos no âmbito do que veio a ser denominado Constitucionalismo social¹, o que significa, nas palavras de MONEREO, a pretensão político-institucional de colocar a economia a serviço da sociedade, ao incorporar os direitos sociais nas constituições, garantindo, de forma efetiva, os direitos fundamentais mediante a realização de políticas redistributivas de riqueza e a democratização e “pluralização” da ordem política e socioeconômica.²

Igualmente aconteceu com a consolidação dos direitos sociais nos textos constitucionais, cuja expressão nas Constituições européias ocorreu nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial em áreas não sujeitas a ditaduras³, ou após a queda destas.⁴ Uma característica comum dessas constituições é a exaltação dos valores sociais como espinha dorsal do novo marco jurídico que deverá reger a sociedade, como resta compreendido de seus primeiros artigos⁵, com o objetivo de estabelecer sociedades que possam conviver em paz e harmonia através da estabilidade social.

Juntamente com os direitos sociais, as constituições também reconhecem os direitos econômicos, entre os quais, como referência, destaca-se o princípio da liberdade de empresa, que faz parte do desenho econômico constitucional, integrando a chamada constituição econômica que, normalmente (e, em todo o caso é assim que ocorre na Espanha) se configura como constituição aberta e não está sujeita a modelos econômicos fixos.⁶

2. A revisão dos direitos fundamentais à luz do princípio da liberdade de empresa: o caso espanhol no contexto europeu.

Pois bem, em que pesem as dificuldades que existem para reconhecer a liberdade de empresa como um direito fundamental, o certo é que a liberdade de empresa, como as demais liberdades de mercado, compartilham mecanismos processuais e garantias institucionais de máxima proteção jurídica outorgada aos direitos fundamentais nas jurisdições nacionais⁷. E se um direito vale juridicamente o que valem suas garantias⁸, vale assinalar que aquelas que estão sendo colocadas, nos últimos tempos, em defesa do princípio da liberdade de empresa, são maiores do que as que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como resultado dos momentos atuais caracterizados pela globalização econômica e pelo triunfo das políticas neoliberais (muito mais paleoliberais, nas palavras de JAVIER DE LUCAS).⁹

Como parte da constituição econômica, a liberdade de empresa se modula em virtude de um critério de caráter econômico – economia de mercado ¹⁰ – na qual a defesa da concorrência constitui um pressuposto e um limite necessário dessa liberdade (Sentença do Tribunal Constitucional 208/1999). A defesa da competência supõe, pois, um critério de ponderação a ser considerado na hora da avaliação do ordenamento jurídico, incluídos os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores. ¹¹

Nessa situação se apresenta um difícil equilíbrio entre a economia de mercado e a configuração dos países como estados sociais, uma vez que a intervenção econômica das autoridades públicas para defender os valores sociais poderia configurar um prejuízo para a defesa da concorrência. É, como VIERA ÁLVAREZ¹² aponta, uma questão de limites. Limites por excesso e por padrão. Por excesso, dado que a Constituição não permite um sistema de mercado puro, com uma economia altamente liberalizada, tanto porque a Espanha se constitui como um Estado social, como também em razão do reconhecimento de uma iniciativa econômica para o Estado.¹³

Por padrão, porque o mercado não pode ser alterado, tornando-se uma economia planejada e centralizada; há uma intervenção das autoridades públicas, embora o coração do modelo esteja na iniciativa privada.

No entanto, em um contexto de emergência de espaços político-econômicos regionais, que implicam a superação do Estado-Nação em virtude de parâmetros.

essencialmente econômicos¹⁴, e a forte presença de políticas neoliberais, a defesa dos direitos sociais fundamentais foi enfraquecida em razão da preeminência que foi dada aos parâmetros próprios da economia. Assim tem ocorrido na União Europeia, onde as quatro liberdades comunitárias instrumentais para a criação do mercado único - livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital - exigem a criação de um sistema econômico que garanta, para seu funcionamento, livre concorrência real e eficaz.

Não é de surpreender, portanto, que, na tentativa de constitucionalizar uma série de direitos e princípios no nível da comunidade, juntamente com certos direitos sociais, seja coletada a liberdade da empresa¹⁵, que foi entendida como constitucionalização da «Economia social de mercado», que implica limitações importantes ao intervencionismo político-econômico típico do estado social contemporâneo¹⁶. O direito originário da União Européia estaria, portanto, integrando uma constituição material, forte, na qual os direitos sociais são integrados de maneira frágil, passando a ser considerados barreiras não-tarifárias ao mercado livre, assim como aconteceu com os direitos de greve e negociação coletiva em sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia em sentenças como as proferidas em Albany, Viking, Laval ou Ruffert.

Desse modo, aparece um modelo social europeu, definido em contraposição ao Estado social, começando a falar de um modelo de solidariedade competitiva que substituiria o da solidariedade distributiva, subtraindo da esfera da solidariedade do Estado as políticas de integração em matéria social ao impor-se a subordinação dos direitos sociais ao mercado.¹⁷

Em definitivo, a lógica seguida pela União Européia vem se situando na manutenção de uma economia saneada e competitiva, respeitando o princípio da livre concorrência, como instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho seguindo o entendimento de que a melhoria social derivaria naturalmente do progresso social. Assim, um Estado de competição econômica que faria a lógica econômica prevalecer sobre a social, revendendo os direitos sociais, estaria substituindo a forma política do Estado social.¹⁸ Tudo isso levaria ao surgimento de um novo conceito de cidadania, a cidadania do consumo, fundada no mercado, que resultaria do entendimento de que o avanço social é alcançado a partir dos benefícios que os cidadãos europeus podem lograr como consumidores e como resultado de produção mais eficiente e concorrência mais intensa.¹⁹

Como resultado da globalização econômica e da submissão – e, em muitos casos, da conivência – do poder político ao poder econômico, os Estados limitaram suas possibilidades de intervenção na tutela dos direitos sociais.²⁰ Portanto, a defesa dos valores sociais deve ser impulsionada no plano internacional ou pelo desenvolvimento de novos mecanismos de proteção transnacional, ou seja, estabelecendo a resposta da defesa social na mesma esfera em que sua ameaça se move. ²¹

Nesse sentido, é importante reconhecer que, apesar do forte condicionamento da economia, em um espaço supranacional, como o da União Européia, houve alguns avanços importantes na garantia dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Isso aconteceu em questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho, nas quais a jurisprudência trabalhista do Tribunal de Justiça em termos de tempo de trabalho estendeu as garantias dos trabalhadores além do imaginável, atendendo a tradição jurídica dos diferentes Estados membros. O mesmo aconteceu em outras matérias, como com o reconhecimento e fortalecimento dos direitos à informação e consulta; a proibição de discriminação (apesar da hierarquia que pode ser encontrada na proteção de certos motivos discriminatórios e a falta, em muitos casos, de mecanismos eficazes de proteção) ou a proteção da privacidade derivada da proteção de dados.

E ainda, dadas as terríveis conseqüências das políticas econômicas na fase de crise iniciada em 2018 (distanciamento do cidadão do projeto europeu, traduzido no auge dos nacionalismos e na contestação à própria existência da União, que está se estendendo por todo o espaço geográfico) no ano de 2017, foi apresentada a proposta de criação de um pilar europeu dos direitos sociais ²², que busca servir de guia para alcançar resultados sociais e de emprego eficientes para responder aos desafios atuais e futuros, a fim de garantir uma melhor regulamentação e aplicação dos direitos sociais, satisfazendo as necessidades essenciais da população que expressando os princípios e direitos essenciais para o bom e justo funcionamento dos mercados de trabalho e sistemas de bem-estar na Europa do século XXI. ²¹.

No entanto, resta pendente a necessidade de promover a proteção de outros direitos trabalhistas consolidados, bem como de estender essa mesma tutela ao plano internacional. Para isso, é imprescindível fortalecer a eficácia jurídica dos tratados internacionais ratificados pelos distintos Estados, que vêm sendo ignorados nos últimos tempos de crise econômica, elevando esta última ao parâmetro de interpretação constitucional²⁴ assim como exceção ao cumprimento das obrigações impostas pelas normas internacionais. ²⁵

Nesse sentido, cobram especial significação as iniciativas para a criação de um direito transnacional, como no caso da lei francesa nº 2017-399, de 27 de março de 2017, sobre o dever de fiscalizar as principais empresas em relação ao cumprimento de certos padrões laborais, por parte das empresas de terceirização – ainda que estejam localizados no exterior, sob outra codificação legal –, o que significa uma medida de responsabilidade social corporativa, voluntária para as empresas, na tentativa de garantir direitos sociais de trabalhadores que não são cidadãos do país que adota a medida.

3. Considerações acerca do contexto brasileiro no que concerne aos direitos fundamentais e à liberdade de empresa.

Embora com alguma limitação de amadurecimento político em relação à Europa (e aqui fala-se da Europa da época do estabelecimento dos direitos sociais, portanto, a Europa tradicional e juridicamente não estruturada em um ordenamento supranacional), o Brasil seguiu, em parte, o modelo europeu de construção de um Estado social. E o fez, assim como o fizeram outros países da América Latina e até mesmo de outras partes do mundo. Mas, claro, esse quadro foi também influenciado por outros fatores, econômicos, culturais e políticos, locais e regionais.

Tratou-se, sem dúvida, de um momento histórico de nova compreensão de como a sociedade deveria ser estruturada. Ao menos em termos mais ideais (e menos concretos), tratava-se de edificar o espaço de todos, o que implicava em reduzir desigualdades, no intuito da inclusão social. Esse conceito não desapareceu, mas cedeu lugar à preeminência da liberdade de empresa, restando desequilibrado o cotejo.

Vale considerar que o Brasil foi signatário do Tratado de paz da Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versailles) e, nessa condição tornou-se, desde então, membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa foi uma das razões pelas quais ele esteve, desde o início, no contexto da criação de normas de proteção ao trabalhador e da compreensão de princípios que semeavam, desde então, o ideal do Constitucionalismo social.

Todavia, a primeira Constituição social brasileira data de 1934, quase vinte anos depois da Constituição social Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimer (1919). Isso, entretanto, não é o fato mais significativo porque, em períodos de autoritarismo, que foram muitos e relativamente longos, permaneceram os direitos laborais individuais, mas os coletivos – por óbvio, de cunho mais fortemente políticos e econômicos – foram extintos ou reduzidos, o que manteve os sindicatos em uma relativa inércia.

Na sequência, destaca-se a atual Constituição (de 1988) pós queda do regime civil-militar de 1964 a 1985. Esse texto constitucional é, sem dúvida, uma construção democrática “livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos”, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais...” (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira) e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1 da C.F.B.) Nela, um espaço considerável foi destinado aos direitos sociais e, no âmbito destes, notadamente, aos laborais. Como suporte desse intento, a Ordem Econômica (Artigo 170 da C.F.B.) foi “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” com o fito de garantir “a todos existência digna”. De outro lado, é sustentada por princípios, dos quais devem ser destacados a “função social da propriedade” (e, assim, também a da empresa), a busca do pleno emprego e a livre concorrência.(Artigo 170 da C.F. B.). São todos princípios que embasam direitos fundamentais que devem garantir a tutela do trabalhador e a liberdade das empresas de se estabelecerem, pela livre iniciativa, como entenderem apropriado, exceto no que respeita a limites estabelecidos por lei.

Nos últimos tempos, todavia, o cotejo entre a liberdade de empresa e a proteção aos direitos fundamentais laborais, resulta numa clara inclinação de ganho para a primeira. Este é o contexto brasileiro que hoje se coloca na vanguarda dos países latinoamericanos: há uma nítida propensão para a valorização da liberdade da empresa em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. E, conquanto se saiba da existência de uma tendência mundial no sentido de precarizar direitos laborais e sociais em geral, resta uma diferença relevante de correlação de forças nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em termos substantivos, a concretização maior dessa tendência é a recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017). Esse novo estatuto reduz fortemente a tutela do trabalhador, visando permitir às empresas fácil adequação ao quadro concorrencial mundial (expandida pela mundialização econômica). Assim, restam atendidas as necessidades das empresas, mas, sobretudo, seus interesses.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se, nessa nova regulamentação, a prevalência do negociado sobre o legislado, o que reduz o espaço dos sindicatos e leva à negociação direta entre patrão e empregado, representando grande risco para a efetividade dos direitos trabalhistas. Aliás, se contratos entre patrão e empregados fossem isentos da preeminência da vontade do primeiro sobre a do segundo, jamais se teria tido necessidade de estabelecer normas tutelares para a dignidade do trabalhador. E, como não poderia deixar de ser, esse quadro é agravado pelos efeitos negativos da globalização econômica que impacta as condições de trabalho em todo o mundo.

No que concerne ao procedimento adotado para aprovação da mencionada reforma, cabe ressaltar a ausência total de diálogo com os sindicatos e com a sociedade em geral, diálogo esse necessário e devido, já que a chamada “Reforma Trabalhista” não constitui, por óbvio, alterações pontuais no Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário, implica em mudanças estruturais nesse ramo do Direito.

O Brasil nunca pode ser realmente considerado um Estado social, conquanto tenha estabelecido direitos sociais do início do Século XX até a atualidade. E, de fato, faltavam-lhe elementos para tal, destacando-se a persistência de forte desigualdade econômica e social durante todo esse tempo. Mas, apesar de embargada por outros ideais, a depender do momento político, havia uma intenção de sê-lo.

O país se encontra, hoje, muito mais afastado dessa condição. Contribui para essa perda, o projeto, já quase toalmente aprovado, da Reforma da Previdência Social, mais um portador de fortes perdas para os trabalhadores. Relembre-se que, dentre os pilares que constituem o chamado trabalho digno (“trabalho decente” na nomenclatura da OIT) está a proteção social, forte aliada dos direitos laborais.

Esse é o quadro atual, ainda sem qualquer perspectiva de reaproximação do status anterior. Entre a liberdade da empresa e os direitos mínimos e essenciais dos trabalhadores (o que repercute na sociedade em geral), está-se diante de um quadro em que estes últimos vêm enfrentando nítidas e consideráveis perdas, situação agravada pela persistência da grande desigualdade que marca o país.

Fora dos limites geográficos de cada país – e até pelo fato de que as relações laborais são, cada vez mais, impactadas seja direta, seja indiretamente, pela intensificação da globalização econômica, – vale reiterar o que já foi mencionado acima: a defesa dos direitos sociais fundamentais deve ultrapassar as barreiras dos ordenamentos nacionais, de forma a ser impulsionada no nível internacional ou através de mecanismos de ordenamentos transnacionais. .

1. Com a primeira manifestação da Constituição Mexicana de 1917, depois da revolução iniciada em 1910 e sua continuidade com a Constituição de Weimar, de 1919, depois da sangrenta I Guerra Mundial.

2. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.160/2013, p. 6 (versión electrónica).
3. É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1946 ou da Italiana de 1947.
4. Como aconteceu no caso da Constituição portuguesa de 1976 ou da Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, no caso das constituições latino-americanas, como a brasileira, promulgadas após a queda dos regimes ditatoriais - apoiados e promovidos a partir dos Estados Unidos da América do Norte - que impediram o avanço do reconhecimento dos direitos civis e sociais.
5. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (art. 1); L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro (art. 1); España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1)...
6. Não foi este, entretanto, o caso português, já que o texto original da Constituição de 1976 se encontrava fortemente marcado por uma ideologia socialista.
7. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, Lex Social, vol. 7, nº. 1 (2017) p. 219.
8. TORRES DEL MORAL, A. (1991), Estado de Derecho y democracia de partidos, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.
9. Conferência inaugural do CONPEDI, Valencia 4 de setembro de 2019.
10. Reconhece-se a liberdade de empresa no marco de uma economia de mercado, estabelece o artigo 38 da Constituição Espanhola.
11. Limitando-se direitos sociais fundamentais como o da negociação coletiva, ao, por exemplo, declarar-se contrárias à competência certas cláusulas das convenções coletivas limitativas do recurso à externalização produtiva. Sobre esse particular, veja-se AA.VV., “La aplicación de la Ley de defensa de la competencia a los convenios colectivos”, en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M., Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia. Consejo Económico y Social. Madrid, 2001, pp. 281-393.

12. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, 2010-I, p. 220.

13. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

14. Vale lembrar que a criação da União Européia surge a partir da aspiração da criação de un Mercado Único.

15. Artículo 16 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 13.

17. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” cit., p. 212.

18. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 4.

19. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, cit., pp. 224-225.

20. Possibilidades que no caso espanhol estão incluídas, entre outros, nos artigos 9, 33, 40, 128, 131 da Constituição, onde está estabelecido: a obrigação do poder público de remover os obstáculos para que a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e eficazes, bem como promovam condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal; a função social da propriedade privada; a subordinação da riqueza do país, em suas diferentes formas e qualquer que seja sua propriedade, ao interesse geral, reconhecendo a intervenção pública na economia em defesa desse interesse; a possibilidade de planejar a atividade econômica geral para atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua distribuição mais justa.

21. FITA ORTEGA, F. y NAHAS, T., “La necesidad de una nueva internacionalización, o supranacionalidad, para asegurar la efectividad de la gobernanza de las relaciones de trabajo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*” Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Colección informes y estudios, Serie General, n.º. 23, 2019, pp. 1653-1667.

22. Que, no momento, se materializou na aprovação da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e na criação pelo Regulamento 2019/1149 de um novo órgão, a Autoridade Europeia do Trabalho, que garante que as disposições europeias sobre mobilidade laboral sejam aplicadas de forma justa, simples e eficaz.

23. Apartados 12 y 13 do Pilar europeo de direitos sociais.

24. Como aconteceu no caso das sentenças constitucionais espanhóis 119/2014 e 8/2015, que analisaram a constitucionalidade das reformas trabalhistas espanholas de 2012.²⁵ Como foi o caso, por exemplo, da denúncia apresentada a certas medidas do Governo grego perante o Comitê Europeu dos Direitos Sociais por violações de certas obrigações impostas pela Carta Social Europeia (Reclamação n.º 65/2011) e sobre as quais o Governo respondeu admitindo a não conformidade, indicando que se tratava de uma não conformidade temporária e que reverteria a situação assim que a situação econômica permitisse (GR-SOC (2012) CB5, 5 de novembro de 2012).

Valência (ES); João Pessoa (BR); Florianópolis (BR), 16 de setembro de 2019

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega – Universidade de Valência (UV)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

**DA (IN)ADEQUAÇÃO DOS ARTS. 444, PARÁGRAFO ÚNICO, 611-A E 620 DA CLT
À CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT**

**THE (IN)ADEQUACY OF ARTICLES 444, SINGLE PARAGRAPH, 611-A AND 620
OF CLT TO THE ILO CONVENTION N. 98**

Rodrigo Rocha Gomes de Loiola ¹

Resumo

Este trabalho tem o objetivo geral de investigar se os arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, com redação da lei nº 13.467/17, se adequam à convenção nº 98 da OIT. Como objetivos específicos, analisa-se a citada convenção, extraindo a sua verdadeira intenção, bem como se citados artigos contribuem ou não para atingir os objetivos de tal normativo internacional. Quanto à metodologia, a presente pesquisa adota o método hipotético-dedutivo. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, com via descritiva e exploratória. A abordagem é qualitativa. Conclui-se que os citados dispositivos da CLT são contrários à convenção nº 98.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Oit, Convenção 98, Convencionalidade, Negociação coletiva

Abstract/Resumen/Résumé

This essay has the general objective to investigate if articles 444, single paragraph, 611-A and 620 of the CLT, with its wording given by the law nº 13.467/17, adequate themselves to the ILO convention n. 98. As specific objective, the aforementioned convention is analyzed, extracting its true meaning, and if the mentioned articles contribute or not for attaining the objectives of such international norm. as for the methodology, this essay adopts the hypothetical-deductive method. It utilizes bibliographical research, with descriptive and exploratory means. The approach is qualitative. It concludes that mentioned CLT articles are contrary to the convention n. 98.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labour reform, Ilo, Convention 98, Conventionality, Collective -bargaining

¹ Mestrando em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade Católica de Santos. Professor da Faculdade Evolução Alto Oeste Potiguar

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem, como tema, a adequação, ou não, à Convenção nº 98 da OIT por parte dos arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT com a redação dada pela lei nº 13.467/17, reforma trabalhista.

Conforme é de se observar, o tema em comento é bastante atual, sendo, inclusive, objeto de debates da 107ª Conferência Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especificamente sobre a sua adequação ou não à Convenção nº 98, adotada pela OIT em 1949 e ratificada pelo Brasil em 18/11/1952. Citada conferência ocorreu entre os dias 28 de maio e 8 de junho de 2018, em Genebra.

A legislação em comento veio como uma resposta do Governo Federal à crise econômica que assolou o país e tinha, como promessa, modernizar as relações de trabalho e propiciar a geração de empregos.

Entretanto, a rapidez na qual foi aprovada, cerca de sete meses desde a proposição do projeto de lei nº 6.787/16 na Câmara dos Deputados, em 23/12/2016, até a sua publicação do Diário Oficial da União, em 13/07/2017, assim como a pequena *vacatio legis*, de apenas 120 dias, impediu debates mais aprofundados sobre a adequação das regras jurídicas apostas pela norma em debate às convenções da OIT.

De fato, a doutrina produzida no curto espaço de tempo entre a proposição do projeto de lei e a escrita deste trabalho tem se debruçado majoritariamente sobre dois aspectos: a aplicação das alterações trazidas pela lei nº 13.467/17 no dia-a-dia e o fato de que diversos aspectos da mesma vão de encontro às normas constitucionais, assim como aos princípios do Direito do Trabalho.

Com base no que foi acima explicitado, questiona-se: houve, por parte do Brasil, descumprimento da convenção de número 98 da OIT em função dos arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, com a redação dada pela lei nº 13.467/17?

Em uma primeira análise, levanta-se a hipótese de que há tal malferimento em razão da possibilidade de relativização de direitos trabalhistas pela negociação coletiva e, em alguns casos, direta, quando o trabalhador receber salários superiores ao dobro do teto de pagamentos do regime geral de previdência social e tenha nível superior.

O presente trabalho tem, outrossim, objetivo geral de investigar se os arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, todos com redação conferida pela lei nº 13.467/17, se adequam à convenção nº 98 da OIT. Como objetivos específicos, tem-se os de analisar a citada

convenção, de modo a extrair a sua verdadeira intenção, bem como se citados artigos contribuem ou não para a consecução dos objetivos de tal normativo internacional.

Em que pese a importância da reforma trabalhista bem como a quantidade de obras que se seguiram à mesma no intuito de estudá-la, poucos foram os doutrinadores que vieram a abordar o conflito entre os normativos da OIT e a lei nº 13.467/17.

Assim, o presente trabalho, ao buscar realizar uma discussão sobre a adequação, ou não, à convenção nº 98, poderá contribuir tanto nos debates doutrinários quanto jurisprudências e, quiçá, no próprio órgão internacional.

Desta forma, o estudo tem o potencial de trazer à comunidade acadêmica a discussão de um assunto extremamente relevante e atual e que, apesar disso, não foi ainda objeto de estudos mais aprofundados.

Por outro lado, para os profissionais do Direito, este estudo poderá ser importante tanto no fito de contribuir para iluminar petições produzidas pelos advogados quanto as próprias decisões judiciais.

Por último, as discussões ora propostas podem trazer benefícios à sociedade como um todo ao tratar sobre a adequação, ou não, de dispositivos alterados pela lei 13.467/17 à convenção nº 98 da OIT, podendo, quiçá, influenciar julgamentos a ocorrerem pelo Brasil, notadamente aqueles que enfoquem controle de convencionalidade.

Quanto à metodologia, a presente pesquisa adota o método hipotético-dedutivo. Assim, levantam-se hipóteses quanto à adequação, ou não, de alguns dispositivos alterados pela lei nº 13.467/17 quando confrontados com a convenção nº 98 da OIT, tendo-se a hipótese de que a novel legislação brasileira falha em atender os ditames da norma convencional internacional.

Além do mais, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, com via descritiva e exploratória, visando explicar, interpretar e analisar os fatos, notadamente a aplicação da lei nº 13.467/17. A abordagem é qualitativa, pois busca uma maior compreensão das ações e relações humanas e uma observação dos fenômenos sociais.

2. A LEI Nº 13.467/17 E A SUA (IN)ADEQUAÇÃO À CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT

2.1. AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA IMPLANTADAS PELA LEI Nº 13.467/17

Conforme bem rememora Delgado (2017), a negociação coletiva tem relevante importância na modernização das relações de trabalho. Entretanto, tal instrumento era pouco incentivado em âmbito nacional antes da Constituição Federal de 1988.

Após a novel Carta Política, conforme citado autor¹, não existe mais espaço para a concepção de negociação coletiva com vistas a precarizar o trabalho e rebaixar o seu valor. Entretanto, ao revés do preconizado pela *Lex Maxima*, o legislador ordinário fez incluir na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o art. 611-A, com a seguinte redação:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança

VI - regulamento empresarial

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

[...]

(BRASIL, 2017)

Pode-se facilmente observar dois fatos de relevo em citado dispositivo legal. O primeiro deles é que o rol de direitos que, se negociados coletivamente, sobrepujarão a lei, é meramente exemplificativo. O outro é que a inexistência de contrapartidas não torna o instrumento coletivo nulo. É dizer, a legislação permite que a negociação coletiva ocorra de modo a reduzir direitos consagrados na legislação sem que haja o ganho de outros que venham

¹ Ob. Cit.

a os compensar. No dizer de Delgado (2017) a norma, nesse respeito, negligenciou a noção da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica nacional.

Com não menor espanto vê-se a inserção do parágrafo único no art. 444 da Norma Consolidada (BRASIL, 2017), que passa a prever a possibilidade de negociação direta, com o mesmo valor de negociação coletiva, no caso de trabalhador que possua nível superior e perceba salário mensal de, pelo menos, duas vezes o teto de pagamentos do Regime Geral de Previdência Social. Nessas situações o obreiro poderia, em tese, negociar diretamente com o empregador a fim de renunciar a direitos sem que haja qualquer contrapartida.

Tal situação, conforme aponta Franco Filho (2018), cria a curiosa figura do empregado hipersuficiente, que, para fins da legislação laboral, tem igual poder de pactuação que o empregador.

Citado autor² faz ainda crítica a tal figura, uma vez que o salário médio de um executivo de importância mediana no Brasil varia entre R\$ 20.000,00 e R\$ 25.000,00.

Outra alteração a trazer preocupação é a constante do novel art. 620 da CLT, que apregoa que os acordos coletivos sempre prevalecerão em detrimento daquilo que for previsto nas convenções coletivas. Conforme apontado por Delgado (2017), tal norma importa em uma inversão da lógica do princípio da norma mais favorável, causando um desrespeito à matriz humanística da Constituição Republicana de 1988. Aliás, em outra obra, Delgado (2018, p. 232-233), define tal princípio como aquele segundo o qual:

o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

Em que pese haja tantas mais alterações à CLT trazidas pela lei nº 13.467/17, limita-se à exposição dos três dispositivos supra, posto serem os que serão objeto de análise neste artigo científico.

2.2. O MALFERIMENTO DA CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT POR PARTE DOS ARTS. 444, 611-A E 620 DA CLT COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.467/17

² Ob. Cit.

Uma vez apontados os artigos que serão objeto de análise, mister fazer sua confrontação com a convenção nº 98 da OIT a fim de observar se a ferem.

Citado normativo internacional veio a tratar sobre o direito de organização e de negociação coletiva no âmbito do trabalho. Aliás, no dizer de Kaufmann (2003), tal norma adveio de um intuito de combate a práticas anti-sindicais, tais como os *yellow dog contracts*³ ou *mise à l'index*⁴. Além disso, nota-se, de sua análise, que pretende, além de prever garantias sindicais complementares à convenção nº 87 da OIT, fomentar a atividade negocial coletiva.

A citada convenção, em seu art. 4º, prevê:

Art. 4 — Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.
(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1949)

Ora, conforme se observa, citado normativo busca promover a negociação coletiva, fomentando as convenções e acordos coletivos.

Uma leitura mais desatenta poderia levar a crer que os arts. 444, § único, 611-A e 620 homenageariam tal dispositivo. Entretanto, tal interpretação, *data máxima vênia*, não condiz com a real intenção da norma internacional, conforme se expõe adiante.

2.2.1. Art. 611-A da CLT

Inicialmente, é de se dizer que, apesar de o dispositivo legal supramencionado achar-se, topograficamente, posterior ao art. 444 da norma consolidada, achou-se por bem abordá-lo antes. É que alguns dos argumentos aqui lançados aproveitarão aos artigos que serão comentados *a posteriori* neste artigo.

Conforme já exposto anteriormente, o art. 611-A da CLT importa em possibilidade expressa de negociação coletiva com valor sobrepujante à lei em, pelo menos, quinze situações, além de um sem número de permissões implícitas, já que, conforme já exposto, a listagem ali colocada é meramente exemplificativa.

³ Contratos de cães amarelos (tradução livre). Trata-se de contratos verbais ou escritos que coíbem o trabalhador de filiar-se aos sindicatos.

⁴ Lista negra (tradução livre). É a prática de criação de listas sujas (formais ou não) onde se incluem os nomes de trabalhadores que tenham atuação sindical, de modo a causar suas demissões ou não-contratações.

A um primeiro olhar poder-se ia acreditar que, em verdade, citada disposição legal estaria indo ao encontro do que é preconizado no art. 4º da convenção nº 98 da OIT, já que possibilita uma maior negociação, sem engessamento de algumas matérias.

Entretanto, a real intenção do normativo internacional é promover uma ampliação dos direitos já garantidos pela norma heterônoma estatal aos trabalhadores, não seu menoscabo. A corroborar com o que se aduz, veja-se o teor do verbete nº 782 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT:

782. O direito de negociar livremente com empregadores as condições de trabalho constitui elemento essencial da liberdade sindical, e os sindicatos deveriam ter o direito, mediante negociações coletivas ou por outros meios lícitos, de procurar melhorar as condições de vida e de trabalho de seus representados, enquanto as autoridades públicas devem abster-se de intervir, de forma que este direito seja restringido ou seu legítimo exercício impedido. [...]
(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1997, p. 171)

Note-se que citado comitê prevê que as negociações coletivas devem ocorrer com vistas a melhorar as condições de trabalho dos representados. Entrementes, o que o art. 611-A prevê, notadamente à luz do seu § 2º, é a autorização expressa para a revogação de direitos previstos em lei através dos acordos e convenções coletivas sem mesmo que haja a possibilidade de análise posterior pela Justiça do Trabalho.

É dizer, em verdade citado dispositivo da norma consolidada não se pauta na homenagem à negociação coletiva, mas sim numa subversão de sua intenção, criando a possibilidade de diminuir direitos previstos na legislação heterônoma estatal.

Nesse sentido, interessante a reflexão trazida por Reis e Rodrigues (2017):

Além disso, de forma ainda mais flexibilizadora, o § 2º do artigo 611-A estabelece que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”. Ou seja, pode-se flexibilizar para somente precarizar, sem que haja um verdadeiro ganho para o trabalhador no balanceamento da negociação coletiva. Trata-se de um jogo ganha-perde. Só uma parte irá ceder (a hipossuficiente), só uma parte irá perder. Diante da ameaça do desemprego, inclusive do desemprego coletivo em virtude da dispensa em massa (como se verá no item a seguir), acordar-se-á pela precarização.

Em realidade, o formato trazido pela lei nº 13.467/17, que impede, inclusive, o acesso pleno à justiça, traduz-se em verdadeira revogação do sentido da negociação coletiva preconizado pela convenção nº 98. É de se fazer apenas uma ressalva quanto ao pensamento de Reis e Rodrigues. É que não se trata de jogo de ganha-perde, mas de perde-perde. Ocorre que, ao longo prazo, a perda de direitos por parte da massa trabalhadora importará em diminuição

de seu poder aquisitivo, acarretando, por axioma lógico, diminuição da comercialização de produtos e serviços e, em última análise, dos lucros auferidos pelas empresas.

Delgado (2017) chega a afirmar que, com a restrição imposta à Justiça do Trabalho pelos parágrafos do art. 611-A já listados em subseção anterior, combinado com a nova disposição do art. 8, §3^o (BRASIL, 2017), cria-se, em verdade, um superpoder na república brasileira, que não se submete à Constituição Republicana e às normas internacionais de direitos humanos, enterrando, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e da norma mais favorável.

Sobre o tema, Costa e Paschoal (2019) rememora que norma que venha a impedir que o Poder Judiciário possa analisar o conteúdo dessas negociações atira à própria sorte um sem número de trabalhadores que se tornam alijados desse importante bastião de defesa de seus direitos. Em razão disso, os citados autores reafirmam a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, ao malferir o art. 5^o, XXXV, da Constituição Republicana.

Não sem maior razão pode-se, por semelhantes motivos, compreender que a norma reformada não se amolda aos ditames convencionais. Ora, não se há de conceber que mecanismo que permita aos obreiros perder direitos através de negociação, afastando, ainda, tal análise do Poder Judiciário, esteja, em verdade, a estimulá-la.

Lima (2017) chega a advertir que a situação criada pela reforma trabalhista e, mais especificamente, pelo art. 611-A ora em comento, estimula, em verdade, o *dumping* social, uma vez que a concorrência entre as empresas tem, como um de seus elementos definidores, o custo da mão-de-obra. Quanto maior a precarização e mais baixos os salários, tanto maior será a possibilidade de concorrência desleal no mercado.

Aliás, a desregulamentação desregrada, podendo ocasionar o *dumping* social, vai de encontro não só ao citado artigo da convenção n^o 98, mas à própria função da OIT idealizada pelos seus fundadores. É que citado órgão exsurge de uma percepção de que deve haver certa uniformidade nos parâmetros trabalhistas mínimos, tanto em razão da justiça social quanto para evitar a concorrência desleal entre empresas de países diversos (SÜSSEKIND, 1983).

⁵ Art. 8^o - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[...]

§ 3^o No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

É interessante notar que o Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (2018) chegou a emitir relatório específico quanto à inadequação de da lei 13.467/17 a algumas convenções do órgão internacional, afirmando que, em que pese legislações isoladas possam prever que os direitos em si previstos podem ser objeto de negociação coletiva, prevalecendo o que a convenção ou acordo coletivo prever sobre o assunto, uma previsão, em forma geral, de que os direitos trabalhistas podem ser derogados por instrumentos coletivos, vai de encontro às normas da OIT, notadamente as convenções nº 98, 151 e 154.

O mesmo relatório aponta que o objetivo de tais normativos internacionais é garantir uma negociação coletiva que visa o acordo em termos que são mais favoráveis aos trabalhadores do que aqueles previstos em lei e que a definição de negociação coletiva é de um processo com a intenção de melhorar a proteção dada aos trabalhadores pela lei, fortalecendo, portanto, a atividade sindical.

É bem verdade que, em momento posterior, a 107ª Conferência Internacional do Trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018), que examinou tal documento, optou por não seguir todas as recomendações feitas por tal comitê, solicitando que o Brasil prestasse informações sobre a aplicação dos princípios da negociação coletiva livre e voluntária, bem como das consultas tripartites com os parceiros sociais, ambos sobre a reforma trabalhista, até a reunião do comitê de expertos de novembro de 2018. Entretanto, tal não anula as argumentações lançadas pelo relatório em comento, as quais são bastante pertinentes e persuasivas, apenas postergando a análise final da matéria pela OIT.

Das atas das reuniões de citada conferência⁶ retiram-se interessantes debates. A grande maioria dos países, ao expressar-se sobre o tema, não adentraram na questão material em si, mas focaram seus discursos sobre a preocupação que têm com o fato de o Brasil ter sido submetido à análise pelo Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações e, em última análise, da própria Conferência, fora do ciclo normal de apresentação de memórias sobre o cumprimento das normas internacionais emanadas do órgão. É dizer, boa parte dos Estados não analisou se o art. 611-A da CLT malferiu ou não o art. 4º da convenção nº 98.

Durante as discussões, o representante dos trabalhadores portugueses⁷ lembrou que a desregulamentação, em termos semelhantes à ocorrida no Brasil, sob pretexto de criar mais empregos ao tornar mais flexível a legislação trabalhista com a permissão de uma ampla

⁶ Ob. Cit.

⁷ Ob. Cit.

negociação coletiva, causou achatamento salarial e piora das condições de trabalho na Espanha, Portugal e Grécia, levando ainda ao crescimento do desemprego nesses países.

No mesmo palmilhar foram os apontamentos do representante dos trabalhadores italianos, que afirmou que, ao permitir a negociação coletiva a fim de piorar os padrões já previstos em lei, em verdade a legislação brasileira estava a corroer os mecanismos da convenção e acordo coletivos.

Ainda em referenciada conferência o representante dos trabalhadores norte-americanos ressaltou que a possibilidade de pacto que prejudique direitos já previsto em lei vão de encontro ao sentido da negociação coletiva. É que, conforme exposto pelo Comitê de Peritos, a reforma trabalhista não está baseada na transação, mas na renúncia de direitos. Corroborando, o representante dos trabalhadores do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte chega ao ponto de dizer que o sistema de negociação coletiva brasileiro foi desmantelado.

Após todas as manifestações a Conferência Internacional do Trabalho achou por bem não aprovar o relatório do Comitê dos Peritos, solicitando maiores explicações do Brasil, dessa vez no ciclo regular de relatórios⁸.

Inobstante, conforme exposto acima, as discussões perante a OIT estão longe de finalizarem, de sorte que a não aprovação do documento em comento não importa em sua neutralização científica.

Além do mais, conforme se expôs na presente subseção, o art. 611-A traduz relevante revés aos trabalhadores, subvertendo a lógica do sistema negocial coletivo.

Desta forma, nota-se que não está a homenagear, mas sim a menosprezar o disposto no art. 4º da Convenção nº 98, estando, assim, em desacordo com a norma internacional.

2.2.2. Art. 444, parágrafo único, da CLT

Outro dispositivo a ser objeto de análise no presente estudo é o art. 444, parágrafo único, da CLT, que, após a reforma implantada pela lei nº 13.467/17, passou a dizer:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com

⁸ Ob. Cit.

a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 2017)

Referido dispositivo, conforme já comentado anteriormente, criou a figura do trabalhador hipersuficiente, sendo este aquele que, além de possuir graduação de nível superior, recebe pelo menos duas vezes o teto de pagamentos do Regime Geral de Previdência Social.

Como corretamente explica Lima *et al* (2018), para esses trabalhadores resta possibilitada a negociação irrestrita, com os mesmos poderes de uma negociação coletiva, ainda que sem a participação da entidade sindical.

Conforme já exposto anteriormente, o art. 4º da convenção nº 98 da OIT prevê a necessidade de os Estados signatários estimularem a negociação coletiva. Entretanto, não há proibição expressa da negociação direta com determinadas classes de trabalhadores a poder suplantarem tanto os direitos previstos em lei quanto nas convenções e acordos coletivos.

Entretanto, uma leitura meramente literal de tal dispositivo falharia em fazer com que este tenha o real alcance pretendido pelos signatários do instrumento internacional.

Como relembra Delgado (2017), o art. 444, parágrafo único, pretende subverter toda a lógica sobre a qual o Direito do Trabalho, seja sua vertente individual, seja coletiva, se constrói, qual seja, a de hipossuficiência do trabalhador. Prosseguindo, citado autor diz:

Para o novo diploma normativo, esse segmento estratificado de trabalhadores pode ser submetido, pelo empregador, à estipulação de cláusulas contratuais menos favoráveis do que os demais empregados da mesma empresa e estabelecimento, contratados pelo mesmo idêntico empregador.

Ou seja, no mesmo dispositivo que determina a validade de concessões feitas pelo empregador, desde que mais favoráveis ao empregado (caput do art. 444 da CLT), o legislador da reforma trabalhista inseriu preceito em sentido diametralmente oposto. Isto é, a possibilidade de o empregador estipular cláusulas contratuais ou cláusulas de seu regulamento interno gravemente desfavoráveis a um segmento estratificado de seus empregados.

É desnecessário lembrar que a regra legal está se reportando ao contrato empregatício, que é um típico contrato de adesão - provavelmente o mais impressionante contrato de adesão que se conhece no sistema econômico e social contemporâneo.

A extensão da permissão feita pelo texto literal do parágrafo único do art. 444 da CLT é, de fato, inacreditável. Ela atinge, inclusive, todo o rol de ternas citados no art. 611-A da CLT (preceito também inserido

na Consolidação pela Lei n. 13.467/2017), o qual abrange 15 assuntos trabalhistas, vários deles multidimensionais, registre-se. (DELGADO, 2017, p. 158-159)

Registre-se que os direitos que podem ser transgidos pelo trabalhador hipersuficiente não são somente os 15 previstos no art. 611-A da CLT, mas um sem número de outros, conforme já exposto anteriormente, face ao fato do rol de citado dispositivo ser meramente exemplificativo.

Lima *et al* (2018) alertam ainda para a possibilidade de que tais negociações venham a suplantam o que advenha de negociações coletivas. É uma interpretação razoável do novo sistema criado pela lei nº 13.467/17, apesar de lamentar-se tal possibilidade. É que, conforme se explicará na próxima subseção, o legislador fez a opção por beneficiar a norma mais específica em desfavor da norma mais genérica, no caso de confronto entre Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e Acordo Coletivo de Trabalho (ACT). Ora, se nesse caso, aplica-se o ACT, em razão de sua especialidade, com maior razão se deve aplicar o contrato individual desses profissionais quando conflitante com as normas coletivas.

Assim, na verdade tal artigo finda por excluir os trabalhadores nele elencados da proteção das convenções e acordos coletivos. O próprio Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações (2018), em documento já citado, afirma que a exclusão de trabalhadores do âmbito de incidência da negociação coletiva malferem a convenção nº 98.

Delgado (2017) comenta, ainda, que o fundamento de existência do art. 444, parágrafo único, da CLT, reside no fato de que o profissional portador de diploma de nível superior e que tenha alto salário tem subordinação atenuada, podendo, assim, impor com maior facilidade a sua vontade. Entretanto, como o mesmo autor fala, tal não tem base em qualquer dado empírico ou científico, aplicando em desfavor do profissional que tenha um pouco mais de qualificação e um salário razoável o mesmo raciocínio que se aplicaria ao alto executivo que percebe milhões de reais por ano, sendo este último real detentor de poder de negociação.

Assim, segundo apontado autor⁹, estar-se-ia, para o trabalhador hipersuficiente, afastando, na realidade, a incidência do Direito do Trabalho.

Tal situação causa certo espanto e preocupação.

É que, no caso de tais trabalhadores, estar-se-ia diante de um retrocesso a períodos de revolução industrial, onde acreditava-se que o trabalhador tinha a mesma capacidade de pactuação que o empregador. Seria voltar a momento anterior às pregações de Robert Owen

⁹ Ob. Cit.

que, segundo rememora Süsskind (1983), foi responsável pelo ressurgimento dos sindicatos e de suas lutas, bem como da criação de um limite legal internacional para a jornada de trabalho, com o intento de equilibrar o ônus da proteção social entre países concorrentes no comércio mundial ao mesmo tempo em que instituíra direitos irrenunciáveis em favor dos trabalhadores.

Por derradeiro, interessante a posição adotada pelo Comitê de Liberdades Sindicais da OIT que, através do verbete 911, aduz:

911. Num caso, o Comitê achou ser difícil conciliar que se dê o mesmo status, como faz a lei, aos contratos individuais e aos coletivos nos termos dos princípios da OIT em matéria de negociação coletiva, segundo os quais se deveria estimular e promover entre empregadores e organizações de empregadores, de um lado, e organizações de trabalhadores, de outro, o pleno desenvolvimento e uso de procedimentos de negociação voluntária, com objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego. Com efeito, pareceria que a lei em questão "permite" a negociação coletiva por meio de contratos coletivos, entre outras alternativas, em vez de os incentivar e promover.
(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1997, P. 199)

O que se observa é que citado Comitê entende difícil equiparar a negociação individual e a coletiva, ao revés do que fez o art. 444, parágrafo único, da CLT, bem como que instrumentos de tal jaez não estimulam e nem promovem a feitura de acordos e convenções coletivas.

Por fim, nota-se que a tendência é que a grande maioria desses trabalhadores, a fim de evitar demissões sumárias, farão negociações de modo a perder direitos, pelo simples fato da legislação, de fato, não os proteger.

Desta forma, o que se observa é que o citado dispositivo consolidado também importa em grave malferimento ao art. 4º da convenção nº 98 da OIT, uma vez que retira, *de facto*, dos empregados considerados hipersuficientes a proteção oferecida pela negociação coletiva.

2.2.3. Art. 620 da CLT

O último dispositivo legal a ser comentado é o art. 620 da norma consolidada, com alterações trazidas pela lei nº 13.467/17. Sua redação atual diz que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 2017).

Ao comentar citado dispositivo, Cassar e Bonfim (2017, p. 84) afirmam:

A prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva pode ser uma exceção ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador. Isso porque a nova regra, oposta à anterior, trazida pela Lei 13.467/2017, visou a aplicação da norma menos favorável ao trabalhador, dando segurança jurídica ao acordo coletivo que flexibiliza a legislação trabalhista autorizada no art. 611-A da CLT.

Percebe-se que o legislador se cercou de toda precaução, pois usou a expressão “sempre” indicando sua intenção de não cisão da norma quando de sua aplicação pelos critérios atomista ou intermediário. O acordo coletivo será aplicado como um todo sobre a convenção, mesmo que reduza direitos ou os suprima.

Ora, com citado dispositivo, o legislador infraconstitucional buscou não deixar dúvidas que, no caso de conflito entre o acordo e a convenção coletiva, estar-se-ia a abandonar o princípio da norma mais favorável e aplicar-se-ia o dispositivo mais específico. Assim, homenagearia uma segurança jurídica em detrimento do trabalhador.

Em uma primeira análise, tal dispositivo poderia parecer não malferir os ditames do art. 4º da convenção nº 98 da OIT. Entretanto tal posição não se sustenta após um exame mais minucioso.

Ocorre que toda norma deve ser interpretada de acordo com o sistema em que se insere. Desta forma, a fim de extrair a compatibilidade ou não do dispositivo consolidado e a norma internacional, prudente é observar o disposto no parágrafo 8º do art. 19 da Constituição da OIT:

*8. In no case shall the adoption of any Convention or Recommendation by the Conference, or the ratification of any Convention by any Member, be deemed to affect any law, award, custom or agreement which ensures more favourable conditions to the workers concerned than those provided for in the Convention or Recommendation.*¹⁰

(TRATADO DE PAZ COM A ALEMANHA, 1919)

Em verdade, o que a Constituição da OIT faz, em tal dispositivo, é coroar, em âmbito internacional, o princípio da norma mais favorável. Nesse sentido, Mazzuoli (2013) afirma que, em sendo um dos propósitos da OIT a universalização de regras trabalhistas, não seria de bom alvitre que permitisse que normas convencionais menos favoráveis fossem aplicadas em detrimento de normas que garantissem direitos melhores aos obreiros.

Ora, se a norma maior do organismo laboral internacional determina a aplicação do princípio da norma mais favorável em detrimento de suas próprias convenções e recomendações, *a fortiori* deve o art. 4º da convenção nº 98 determinar, igualmente, que não

¹⁰ Em nenhum caso a adoção de alguma convenção ou recomendação pela Conferência, ou a ratificação de alguma Convenção por qualquer Membro, deverá afetar qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que garantam condições mais favoráveis aos trabalhadores do que aquelas previstas pela convenção ou recomendação (tradução livre).

coaduna com o necessário estímulo à negociação coletiva a obrigatoriedade de aplicação de diploma negocial coletivo ainda que haja outro mais benéfico. É que, conforme se nota, o princípio da norma mais favorável deflui do próprio sistema protetivo da OIT, de sorte que permitir sua subversão não levaria a um incentivo à negociação coletiva, mas ao seu desprestígio.

Desta forma, não se há que dizer que a prevalência do ACT sobre a CCT privilegia a negociação entre os atores sociais. Ao revés, cria mais uma distorção, de modo que não se amolda aos ditames da convenção nº 98.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se nota, o presente estudo se debruçou sobre a adequação à convenção nº 98 da OIT por parte dos arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, todos com redação conferida pela lei nº 13.467/17, costumeiramente chamada de reforma trabalhista.

Para tanto, investigou-se a convenção nº 98 a fim de extrair sua verdadeira intenção, qual seja, a de estimular a negociação coletiva. Observou-se que tal estímulo não deve ser meramente formal, mas igualmente material, necessitando de robusto arcabouço jurídico, mas que, em razão das recentes alterações promovidas na norma consolidada, restou vulnerado.

Procurou-se se ater, ainda, à contribuição, ou não, dos dispositivos da CLT supramencionados para as consecuições do objetivo da norma convencional, concluindo-se que, em verdade, prestaram verdadeiro desserviço à intenção da convenção nº 98.

Desta forma, debruçou-se sobre a (in)adequação dos arts. 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, todos com redação conferida pela lei nº 13.467/17, à convenção nº 98 da OIT.

Questionou-se se houve, por parte do Brasil, descumprimento da convenção de número 98 da Organização Internacional do Trabalho em função dos citados dispositivos, com a redação imposta pela novel legislação.

O que se pode notar é que o art. 611-A trouxe relevante alteração ao sistema negocial coletivo brasileiro, listando extensa lista exemplificativa de direitos em que, caso haja negociação coletiva, tal valerá mais do que a própria lei.

Citada norma traduz substancial revés aos trabalhadores, subvertendo a intenção do sistema negocial coletivo. É que o escopo das convenções e acordos coletivos é firmarem direitos superiores àqueles já previstos em lei, não podendo seguir a lógica criada pela nova

legislação de pautar-se os mesmos, em verdade, pela renúncia unilateral. Desta forma, nota-se que não está a homenagear, mas sim a menosprezar o disposto no art. 4º da Convenção nº 98.

Já quanto ao art. 444, notou-se igualmente que tal não se amolda à norma convencional. É que, ao criar a figura do empregado hipersuficiente, permitindo que este realize a negociação direta com o mesmo valor de negociação coletiva, na prática, está a retirar do obreiro toda e qualquer proteção oferecida pelas convenções e acordos coletivos.

Ademais, é de comezinha sabença que a tendência é que grande parte desses trabalhadores, a fim de evitar demissões sumárias, farão negociações de modo a perder direitos, pelo simples fato da legislação assim o permitir.

Por derradeiro, observou-se que o art. 620 da CLT também não cumpre os ditames do art. 4º da convenção nº 98 da OIT. É que, através de uma interpretação sistemática, concluiu-se que, para uma correta aplicação de tal normativo internacional, é necessário fiel cumprimento ao princípio da norma mais favorável, que se encontra insculpido no art. 19, 8, da Constituição da OIT.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Brasília, DF, jul 2017.

CASSAR, V. B.; BORGES, L. D. **Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.** São Paulo: Método, 2017.

COMITÊ DOS PERITOS NA APLICAÇÃO DE CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES. **Application of International Labour Standards 2018.** Organização Internacional do Trabalho. Genebra, p. 82. 2018.

COSTA, I. G.; PASCHOAL, G. H. **Do Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva como Fator de Exclusão Social** *in* Revista de Direito do Trabalho, vol. 200/2019, abr/2019, p. 79-96, São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, M. G; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com os Comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FRANCO FILHO, G. S. F. **A Arbitragem no Moderno Direito Brasileiro do Trabalho** in Revista de Direito do Trabalho, vol. 192/2018, ago/2018, p. 21 – 34, São Paulo: LTr, 2018.

KAUFMANN, M. O. **Uma Incursão no Sistema de Proteção do Trabalhador Sindicalizado Contra as Práticas Anti-Sindicais** in Revista de Direito do Trabalho, vol. 109/2003, jan-mar/2003, p. 80-123, São Paulo: LTr, 2003.

LIMA, F. G. M. **Instrumentos Coletivos de Trabalho, Num Contexto de Reforma Trabalhista** in Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 37.2, jul./dez. 2017, p. 375-394, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2017.

LIMA, J. E. S; SILVA, M. A; LIMA, E. A. **O Empregado Hipersuficiente Sob a Perspectiva do Direito Fundamental da Igualdade e da Convenção 111 Da Oit** in Percurso, v. 3, p. 452-475, Curitiba: [s.n.], 2018.

MAZZUOLI, V. O. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine** in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set. 2013. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/50181>. Acesso em 15 mai 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 98. Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva**. 1949. Ratificada pelo Brasil em 18/11/1952.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Liberdade Sindical: Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT**. Brasília: [s.n.]. 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Provisional Record**. 107^a Session of the International Labour Conference. Genebra: [s.n.]. 2018. p. 217-237.

REIS, D. M.; RODRIGUES, A. L. S. L. **A Reforma Trabalhista e o Agravamento da Crise do Direito Sindical Brasileiro** in Revista de Direito do Trabalho, vol. 985/2017, nov/2017, p. 89-103, São Paulo: LTr, 2017.

SÜSSEKIND, A. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

TRATADO de paz com a Alemanha. 28 de junho de 1919. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO. Acesso em 15 mai 2019.